

Title	隅谷史人君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2016
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.89, No.6 (2016. 6) ,p.173- 187
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20160628-0173

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

とを意味する。

四 以上のように、藪中悠君の本研究は、最近になって盛んに論じられるようになり、未だに決着のついていない、実務上・理論上大きな重要性をもつテーマに正面から取り組み、判例・学説の徹底した検討、現行規定の成立過程の精緻な分析、綿密な比較法研究を踏まえて、新たな判断枠組みを示した研究であり、学問的価値の高いものである。それは、地道な努力がもたらした貴重な成果であり、大きな資料的価値をもつ労作である。

以上のことから、審査員一同は、藪中悠君に博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与することが適当であると考えたものである。

平成二八年二月二五日

主査	慶應義塾大学法学部教授 博士（法学）〔東京都立大学〕	亀井源太郎
副査	慶應義塾大学大学院法務研究科教授 法学博士（M.F.）〔ケルン大学〕	井田 良
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学博士（D.）〔ベルリン・フンボルト大学〕	フィリップ・オステン

隅谷史人君学位請求論文審査報告

一 はじめに

隅谷史人君の提出した博士学位請求論文『独仏指図の法理論——資金移動取引の基礎研究——』は、ドイツおよびフランス両国の「指図」に関する法理論についての沿革研究を中心とするものであるが、両国の指図制度の淵源であるローマ法にまで遡ることにより、ローマ法由来のこの指図の制度が両国においてどのように展開し、さらには明治期のわが国民商法にどのように影響を及ぼしてきたかについて極めて詳細に論じたものである。

「指図」とはいったい何であるかについて探求すべきことは、かなり古い時代から民商法学上の重要な課題であることもあって、これまでのわが国において、民商法学上の基礎理論として取り上げられることはほとんどなかった。しかし、近時においては、この「指図」が資金移動取引に関する現代的な課題を検討するためには不可欠であることが少しずつ認識され始めており、これに関する深い研究が望

まれていたところである。

本提出論文は、修士課程入学以来の隅谷君の指図理論に關するこれまでの研究をまとめ上げた業績であり、前述したように、その中心は、独仏指図の沿革研究を行うことにより指図の基礎理論を求めようとするものであるが、副題にも表現されているように、新たな資金移動取引の基礎研究となることを射程におく力作となっている。

二 本論文の構成

本論文は、新たに書き下ろした第一部第四章を除き、隅谷君が法学政治学論究などの大学紀要にすでに発表してきた論文に加筆修正して出来上がったものであり、その構成は以下の通りである。

序章

- 一 はじめに
- 二 種々の資金移動取引と指図
- 三 民法（債権法）改正における議論——指図規定導入の要否
- 四 研究の目的

第一部 ドイツ法における指図 (Anweisung)

第一章 ローマ法由来の指図 (delegatio) のドイツ法への継受

- 一 はじめに
 - 二 近世における指図
 - 三 一九世紀中葉までのドイツ普通法学説
 - 四 一九世紀中葉以降のドイツ普通法学説
 - 五 現在のドイツ法におけるデレガチオの理解
- ### 第二章 ドイツ法における指図 (Anweisung) の歴史的展開

- 一 はじめに
- 二 アシクナチオ (assignatio) の誕生
- 三 一九世紀中葉までのドイツ普通法学説におけるアシクナチオの法的性質
- 四 二重委任説から授權説へ…サルピウスの見解とその後
- 五 小括

第三章 ドイツ法における指図 (Anweisung) 立法の変遷

- 一 はじめに
- 二 ドイツ民法典 (BGB) 以前
- 三 ドイツ民法典 (BGB) 立法過程
- 四 小括

第四章 ドイツ法における指図引受 (Annahme der

Anweisung)の受容

- 一 はじめに
- 二 ザルビウス以前——手形引受 (Wechselakzept) との関係
- 三 ザルビウスおよびそれ以降——デレガチオとの関係
- 四 小括

第二部フランス法における指図 (delegation)

- 第一章 フランス法における指図 (delegation) の歴史的展開

- 一 はじめに
- 二 フランス民法典成立前
- 三 フランス民法典成立とそれ以降
- 四 小括

- 第二章 フランス法およびドイツ法における指図の理論的接続

- 一 はじめに
- 二 デレガシオンとフランス民法典一二七七条の関係
- 三 フランス民法典一二七七条の背景
- 四 ドイツ法とアシゲナチオ (assignatio)
- 五 未完成指図 (delegatio inchoata) とフランス民法典一二七七条の解釈
- 六 小括

第三章 ボアソナードの指図論

一 はじめに

二 ボアソナードの指図論

三 指図(囑託)規定の削除

四 小括

終章

三 本論文の内容

1 隅谷君はまず、序章において、わが国における指図研究の必要性、独仏法を研究対象としなければならない理由を説明する。同君によると、これまで指図はわが国の民法中に存在しないと解されており、その議論状況はきわめて未成熟であった。ところが一方で、近年、種々の資金移動取引が誕生するにつれ、実務上からも、徐々に指図研究の必要性が唱えられるようになってきた。それは、すでに独仏法においては、これら現代型の資金移動取引の法的基礎には指図があると解されていたからである。さらに、わが国における指図研究の必要性の証左として、近時の民法改正の議論も参照している。近年の資金移動取引をめぐる法的問題を前に、民法中に指図規定を設けるべき旨の提案がなされており、本提案については多くの利害関係者からの賛意を受けていた。しかし、本提案は最終的に改正案

としてとりあげられることはなく、そのもつとも大きな理由は、現実的な立法課題にするほど議論が進んでいないからであるというのである。

そこで隅谷君は、独仏法における指図の理論背景を明らかにすることから、わが国における指図研究を始めようとする。同君は、かねてより商法学上では、為替手形や小切手、信用状等に関連して指図が論じられていたが、それは断片的・具体的な取引に関する範囲にすぎず、民法学上でも、一般的な指図理論構築の視点が欠落していたと指摘し、それゆえ、指図を研究するためには、わが国の民商法の母法たる独仏法を参照する必要があるとする。

指図はローマ法の指図 (*delegatio*) に由来する極めて歴史的な制度であるが、現在の独仏法の指図規定は同一の制度を規定したものとさええないほど隔たりのある規定となっている。そこで隅谷君は、独仏法の指図が、かく規定された理論的背景を解明することにより、独仏法上の指図概念の認識・位置づけを明確化し、以てわが国における今後の指図研究の礎を築こうとする。

2 第一部の「ドイツ法における指図 (*Anweisung*)」では、指図のドイツ法における学説・立法史がまとめられている。第一部は、「ローマ法由来の指図 (*delegatio*) の

ドイツ法への継受」という章より始まる。まず隅谷君は、現在の独仏法における指図の淵源たるローマ法における指図 (*delegatio*) が、一六世紀ころには、債務者および債権者の二重の更改と解されていたことを指摘する。これは「指図はつねに更改をとまなう (*In delegazione semper inest novatio*)」という近世初頭の法諺に見られるという。

ところが、中世の、とりわけフランドル地方の経済状況下においては、*delegatio* が更改的効力をともなうという従前の解釈は、必然的に旧債務者の債務の免責という結論を導くこととなり、それゆえ実務家にとってその解釈の窮屈さが意識され始めた。そのような状況のなか、現金輸送にかかる危険や費用などの事情と相俟って、これを克服するために考え出されたのが中世の商慣習から生じた指図 (*assignatio*) である。このことから、隅谷君は *delegatio* と *assignatio* とが、当時の学説上別個の概念と理解されていたことを指摘し、そのうえで、両者の連続性の承認は、一九世紀のドイツ私法学説に見出されるとして、一九世紀ドイツ普通法学説の分析へと向かう。

隅谷君は、一九世紀中葉までのドイツ普通法学説の通説的見解が、*delegatio* を更改の一種と解する伝統的な解釈を踏襲しており、「被指図人が指図人の債務者であるか、

指図人が受取人の債務者であるかのどちらかでなければならぬと解している」と指摘する。これに対し、一八三五年にマイアーフェルトがローマ法文の詳細な検討を通じて、*delegatio* が既存債務から完全に独立するという見解を打ち立てたという。その後、テールは、マイアーフェルトと同様に、既存の債務関係は *delegatio* の要素ではなく、*delegatio* によって新債務者が旧債務者と交替する、あるいは新債権者が旧債権者と交替すると考えるのは不適切であるとする。また、同君は、一九世紀後期のドイツ指図法学説に多大なる影響を与えた著作として、一八六四年刊行のザルピウスによる著作を挙げる。上記のとおり、*delegatio* と更改との関係性については、すでにマイアーフェルトやテールにより、これを否定する方向づけがなされていたところ、ザルピウスはこれに加えて、*delegatio* と *assignatio* の理論的連続性を主張し、その後の学説の方向性を決定づけた点に妙味があるといっているのである。事実、ザルピウス以降の学説は、それら二つの指図の同一性を承認する形で、更改から、そして当事者間の既存債務からの峻別を図っていることが明らかにされている。

3 第二章は「ドイツ法における指図 (*Anweisung*) の歴史的展開」と題する章である。この中で隅谷君は、ザ

ルピウスによる *delegatio* と *assignatio* との理論的接合の以前から以後にかけて、*assignatio* の一九世紀ドイツ普通法学の学説史の変遷をたどっている。まず、一九世紀初頭、*assignatio* は単一の委任であると考えられていた。すなわち、指図人の被指図人への支払委任あるいは指図人の受取人への取立委任が *assignatio* の正体であるというのであるが、一九世紀中葉ごろには、*assignatio* の性質は支払委任と取立委任の二つの委任が同時になされることであるとすると二重委任説が通説的地位を占めていたと指摘する。ただし、現行ドイツ法上の委任 (*Auftrag*) に関するドイツ民法典六六七条によると、原則として受任者に対する委任に基づいて、受領したものを引き渡す義務を負う。この理は普通法学説における委任 (*Mandat*) 時点でも同様に解されていたという。このことを前提とすると、*assignatio* によって指図人から受取人に、被指図人から給付を取り立てるための委任がなされていたとしても、受取人は指図人に、被指図人から取り立てたものを返還する義務を負うこととなる。そこで、ここでの取立委任は、いわゆる「自己の利益のための委任 (*mandatum in rem suam*)」と解されることとなる。

このような状況の中、ザルピウスが、*delegatio* と

assignatio を「統合」 delegatio (assignatio, Anweisung) の再定位を図った。彼は、被指図人の受取人に対する給付が、直接に指図人の計算でなされなければならないとし、その目的を達成するためには、委任では不都合であることを論証する。その結果、delegatioとは委任ではなく指図人の被指図人に対する授權 (iussum) によって基礎付けられると主張しているという。また、彼は指図人と受取人との関係でも、delegatioは委任たる特徴を示さないと主張する。二重委任説が主張する「自己の利益のための委任」は、ローマ法に存在しない概念であるからである。しかしながら、ザルピウスはこの関係を授權と捉えてもいないとする。このことから隅谷君は、ザルピウスが delegatio の法的性質について、「指図人から被指図人に与えられる単一授權であると解している」と指摘している。次に本章は、ザルピウス以後の諸学説の検討に移行し、ここでの検討を通じて、もはや旧通説であった二重委任説は勢いを失い、さまざまな見解が登場していることを確認する。同君はその理由として、「委任 (Mandat) 概念がより分析的に精査され、そのなかに包摂されていた代理や授權といった概念が、独立の法概念として意識され始めたことに起因するものと考えられる」と分析する。

4 第三章は「ドイツ法における指図 (Anweisung) 立法の変遷」と題する章であり、第二章で明らかにした学史の展開が、それぞれの時代、地域における立法にどのように作用しているのかを検証している。まず、一七九四年のプロイセン一般ラント法が立法された当時は、学説上、Anweisung (assignatio) は単一委任であるとの理解が有力であったことから、指図人が受取人に与える単一委任であると規定されている。また、一八五三年のヘッセン草案、一八六一年のバイエルン民法典草案、一八六三年のザクセン民法典、そして一八六六年のドレスデン草案では、かつての通説であった二重委任説の影響を受けて、Anweisung の法的性質を二重の委任と捉えた立法となっているという。しかし、一九世紀中葉以降、これまでの委任 (Mandat) 概念がより精緻に分析され始めていたため、これらの立法においても、一定程度、委任からの分化・独立が試みられているとする。

このような状況は、第二章で確認した通り、一八六四年のザルピウスによる著作を起点とする一連の学説の展開によりさらなる刺激を受けることとなる。部分草案はドイツ民法典立法の討議資料として第一に作成された草案である。ここでは Anweisung が委任とは異なることが条文のなか

で明らかにされている。隅谷君はこれを「ザルピウスの見解の影響を強く受けたもの」と評価する。ただし、部分草案では現行ドイツ民法典のごとく「授権する (ermächtigen)」という語をもって、指図人の被指図人および受取人への二重授権が明文で規定されていたわけではなかった。指図人と被指図人および受取人との関係をそれぞれ授権関係で捉える文言は、第一草案から導入された。第一草案理由書には、Anweisungが、指図人が受取人に与える授権 (Ermächtigung) と被指図人に与える要請 (Auforderung) から組成される旨の記述があるという。

隅谷君は、この要請が、ザルピウスらが主張する、「授権 (iussum)」を意味すると主張する。このことから Anweisung の法的性質が二重の授権であるとの現行法の原型は、第二草案の時点ですでに完成をみていたということができ、指図人と被指図人との関係は授権 (iussum) を、指図人と受取人との関係は授権 (Ermächtigung) を、それぞれ基礎に据えていると結論づけている。

5 第一部の最終章である第四章は「ドイツ法における指図引受 (Annahme der Anweisung) の受容」と題する章である。ドイツ民法典七八四条には指図引受が規定されており、指図引受により、受取人の被指図人に対する債権

が基礎付けられることとなる。しかしながら、指図引受の有効性は、当初より一貫して認められていたわけではなく、一九世紀ドイツ普通法学のなかで徐々に承認されてきたものであるという。隅谷君は、指図引受にはいかなる理論的問題があり、学説はこれをどのように超克したのかという問題提起から、指図引受の有効性に関する学説の論争を概観し、その受容過程を明らかにしている。同君は、本問題がザルピウスの以前と以後とでまったく異なる視点で捉えられていると分析しており、ザルピウス以前には、指図引受の有効性は必ずしも認められていなかったとする。

まず、ザルピウス以前には、被指図人と受取人との関係では債務関係を基礎づける何らの債務原因を有していないため、このような当事者間で債務関係を形成することはできないとの見解が有力であった。しかしながら、とくに商業取引において書面を用いた Anweisung (assignatio) が利用されるにつれ、為替手形の類似性が意識されるようになり、その類似性から指図引受の有効性をも認める見解が登場することとなる。すなわち、為替手形における手形引受の有効性は、その当時すでに手形法令によって認められていたが、これと類推しうる限りで商業取引における書面的指図引受の有効性を承認しようというのである。また隅

谷君は、この時期には、指図引受の有効性をめぐる議論には、*delegatio*との関係性という視点からの検討がなされてきていると指摘する。すなわち、第一章・第二章の通り、*delegatio*は更改の一種と解されていたところ、一九世紀中葉のドイツ普通法学は更改との峻別をつけ始めており、更改の存否という点で区別されていた *delegatio* と *assignatio* の区別が問い直され始めた時期である。それにより、たとえばジন্তテニスは、指図人が被指図人に対してどのような意図で委任を与えたのかによって両者を区別しており、指図人が被指図人に債務負担をさせる目的で委任を与えていた場合には *delegatio* が、単に支払に向けられていた場合には *assignatio* が存在するという。また、テールは、商業取引に用いられる書面的な *assignatio* でない限りは、指図引受の有効性は認められないという点で両者の区別を一層際立たせているというのである。

こうした議論状況の中で、先述したザルピウスが *delegatio* と更改とが別個独立の概念であること、*assignatio* が *delegatio* に従属する概念であることを証明し、指図引受の有効性についても、*delegatio* を参照しつつ無制限に認められることを論証した。彼によれば、「指図引受とは、(原因関係の) 消滅的効果を奪われた、ロー

マの指図問答契約 (*Delegationsstipulation*) にほかならない」というのである。ザルピウスの見解は、後の学説に批判を受けながらも承認されることとなった。それゆえ隅谷君は、ザルピウス以後、指図引受の有効性に関する議論が新たな局面を迎えることとなると指摘しているのである。

かくして *assignatio* は *delegatio* に淵源を有する制度であったことが明らかとなったことにより、これまで為替手形と類推しうる限りにおいてその有効性を認められていた指図引受が、ローマ法の指図問答契約と理論的な連続性を持つものとして受容されるようになったという。

6 第二部「フランス法における指図 (*delegation*)」では、指図のフランス法における学説・立法史がまとめられている。第二部は、第一章「フランス法における指図 (*delegation*) の歴史的展開」と題する章より始まる。本章では、フランス法における *delegation* の沿革を、フランス民法典成立前と成立以降とに分けて考察しており、フランス民法典成立前については、フランス民法典に多大なる影響を及ぼしたドマおよびポチエの見解を見ることによって、当時の学説が *delegation* をどのように理解していたのかについて概観している。隅谷君の分析によると、両者の見解は、*delegation* を更改と解する等、基本的な点

ではほとんど一致しているというが、ドマおよびポチエが、多かれ少なかれ *delegation* において更改が生じない可能性について示唆しており、とりわけポチエは更改が生じるために受取人の免責の意思の明確な表示を必要とするという積極的な要件を課すことよって、更改が生じない場合をより際立たせる主張をしていると指摘する。とりわけポチエがこのように考えるに至った理由につき、隅谷君は、

一九世紀の法学者ゴドゥメの見解を引用しながら次のように結論づけている。すなわち、中世ドイツにおいて *assignatio* が誕生したのと同時期に、フランスにおいても商業的交流の発展にともない実務の要請に適合した *delegation* の必要性が生じ、支払がなされるまで指図人の債務を消滅させることなく被指図人が受取人に対して債務を負担する不完全指図 (*delegatio imperfecta*) が認められるようになったという。その結果、*delegation* には更改が生ずるものと生じないものと二種類が存在することとなり、不完全指図が実際の取引のなかで普及した結果、一八世紀のフランス法学説は、受取人による指図人を免責する意思が明らかではない場合の解釈について、指図人の免責を生じる *delegation* が存在すると解すべきか、指図人の免責を生じない *delegation* が存在すると解すべきかを

議論するようになったとする。この点について実務上の取引を重視したポチエは、受取人によって明確に免責の意思が表示されないかぎり指図人が免責されることはなく、不完全指図が推定されると解していたとい、これは更改と *delegation* との分離への重大な一歩を踏んだものであると評価する。

隅谷君は、フランス民法典における指図規定は、その多くを上記のポチエの見解に依拠しており、法典成立後、一九世紀の註釈学派によつて、更改を生じる *delegation* には「完全指図 (*delegation parfaite*)」、更改を生じない *delegation* には「不完全指図 (*delegation imparfaite*)」という名称が与えられたとする。しかし、彼らは完全指図が本則であると考えており、完全指図と不完全指図の行為としての同一性は不徹底なままであったと指摘する。

一九世紀後半には、第一部で確認した通り、ドイツ法においてローマ法の解釈が展開し、*delegatio* と更改との峻別が図られた。ドイツ法のかかる解釈の展開はフランス法にも影響し、一八七九年にジッドが *delegatio* と更改とが別個独立であることを論証し、次いで、一八九九年にユベールがこのようなローマ法の理解をフランス法的に再解した。すなわちユベールは、完全指図が *delegation* の

例外であり、不完全指図こそが本則であるという見解を打ち立てた。これにより、それ以後の学説は不完全指図を本則として、更改的要素を排除して *delegation* を定義づけており、その結果、現在のフランス法学説は、*delegation* が更改の節に規定されているにもかかわらず、実際には更改と切り離して、更改が生じない場合を本則と解している。と結論づけている。

7 第二部の第二章は「フランス法およびドイツ法における指図の理論的接続」と題する章である。フランス民法典一二七七条には「単なる指示 (simple indication)」に関する規定が置かれている。現在のフランス法学説は、単なる指示を *delegation* とは異なるものと考えており、本条に特別の意義を見出していないが、隅谷君は、本条が、ドイツ法における *Anweisung* の基礎となった *assignatio* を規定したものであると指摘する。すなわち、同君は、フランス民法典一二七七条がポチエの単なる指示に関する記述を基礎にしたものであり、このような単なる指示の主たる利用場面は支払委託書 (*rescription*) なる証書を用いた取引であったことを論証する。さらに、ポチエの記述によると、支払委託書の主要な利用形態となる取引は、*assignatio* と呼ばれているという。ポチエによれば、

assignatio は二重の委任契約であり、一方では支払委託書を介して指示者と被指示者との間で、他方では指示者と彼の債権者との間で直接に締結されるという。フランス民法典一二七七条は、以上のようなポチエの見解をもとに規定されているのである。しかし同君は、一二七七条およびそのフランス法における解釈について、少なくとも三点ではんらいのポチエの意図とは異なっていると指摘する。

第一に、フランス民法典一二七七条は一項と二項に分かれており、「債務者の指示 (支払の指示)」と「債権者の指示」とは別個のものと考えられている。しかし、ポチエの単なる指示に関する叙述は、弁済のための支払委託書すなわち *assignatio* についてのものであり、その本質は二重委任である。それゆえ、これらはまさに「二重の」指示としてなされるべきものであるとする。第二に、ポチエは、支払委託書を用いた単なる指示が貸借あるいは贈与目的でもなされうると述べており、ほんらい当事者間の既存の債権債務関係とは無関係であるとする。これに対し、フランス民法典一二七七条の当事者は「債権者」「債務者」といった形で規定されており、この点が異なるというのである。第三に、現在、*delegation* と単なる指示とは異なるものと解されており、その区別の基準となっているのが被指

図人（被指示者）の受取人に対する債務負担の有無であるという。しかし、隅谷君によると、ポチエは明らかに単なる指示の後、被指示者の債務負担を念頭に置いていると指摘する。すなわち、ポチエの叙述によると、「指示された債務者が支払委託書に署名し、債権者に支払うよう義務づけられる」というのである。これはドイツ法の側から見れば、指図引受に相当するものといえることができる。

8 現在のわが国の私法學上、指図規定は置かれていないというのが定説であるのに対し、わが国の民商法の母法となった独仏法には指図規定が明文で置かれている。なぜ母法に規定を有する指図がわが国法典中に存在しないのか。この疑問を埋めるのが、第二部最後の「ボアンナードの指図論」と題する第三章である。わが国も旧民法時代には囑託と呼ばれる指図規定が設けられていた。本章で隅谷君は、指図規定がいかなる背景でどのような形でわが国に採用され、なぜ削除されることとなったのかを説明している。

まず、ボアンナードはdelegationをモデルに起草しており、当時、delegationが伝統的に更改の一種であると解されており、フランス民法典でも更改の節に規定されていることに倣い、囑託も更改の節に規定した。ボアンナードによれば、更改は当事者の合意によって行われるが、変更

される合意の要素に応じて四種類に分けられるという。それゆえ目的 (objet)、原因 (cause)、主体 (債権者および債務者) の変更という四種類の更改が設けられている。その中で囑託に関係するのは主体の変更に関する二種類である。

隅谷君によると、債務者の交替する更改について、ボアンナードはさらに四種類のパターンを考えていたようである。すなわち、旧債務者が関与するか否かで、随意干渉 (intervention spontanée) と指図 (délégation) とに分けられ、さらに、旧債務者が更改によって既存債務を免責されるか否かで、随意干渉は除約 (exemption) と補約 (admission) とに、指図は完全指図 (délégation parfaite) と不完全指図 (délégation imparfaite) とに区別される。随意干渉とは、旧債務者の関与がなく、新債務者が自発的かつ旧債務者の委任なく、旧債務者の代わりに義務を負うものであり、反対に指図とは、旧債務者の関与があるものをいう。それらのなかで、旧債務者の免責効が生じるものを除約または完全指図、免責効が生じないものを補約または不完全指図であるという。

隅谷君は、ボアンナードがdelegationの性質は指図人の被指図人に対する委任 (mandat) であり、指図人の受

取人に対する関係も委任の性質を有するという説明は非常に珍しいものであると評価しつつも、その一方で、ポアンナードが、フランス民法典一二七七条を実益のない規定であるとして旧民法に規定を置かなかつたことにより、いわゆる支払指図についての民事法的基盤が、無自覚にわが国の法典のなかで散逸したと指摘している。債権者の交替する更改については、ある債務者が自己の債務者を自己の債権者に指図する場合に生じるものであり、随意干渉によって行うことはできないという。

明治二九年の新民法の誕生の際、これまで詳細に規定してあつた更改に関する規定は大幅に削除され、旧民法の指図(囑託)規定も同時に姿を消すこととなつた。しかし、起草趣旨によると、必ずしも指図を排斥する趣旨ではなかつたことが分かる。すなわち、囑託および随意干渉という語を用いず、単に事柄だけを規定しただけであり、規定の内容は実質において変わるところはないとする。それゆえ、新民法誕生以後も現行民法第五一四条については旧民法と同様の説明がなされており、隅谷君は、現行民法五一四条が旧民法におけるそれと直接の連続性を有することは明白であると指摘する。

四 本論文の評価

まず、第一に高く評価すべきは、本論文の方法論が、フランス法・ドイツ法の立法・学説を、古典とされるものから現在に至るまで詳細にわたつて広く渉獵し、これでもかというほどに着実に実証的な議論をつみかさねるという本格的なものであるという点である。このようなフランス・ドイツ両法にまたがる横断的研究は、指図に関しては今までなされてこなかつたと言つてよく、フランス・ドイツについてそれぞれ個別研究を行つてきた若干の他の先行研究と比較してみても、フランス・ドイツのいずれか一国についての研究としても内容的にきわめて充実したものとなっている。その上、本論文では、フランス・ドイツ両国における指図の展開の相互関連性が見事に分析される等、非常に獨創性の高い研究となつている。この点こそが、制度の沿革研究・歴史研究としての本論文の価値を高める要因ともなつている。そして、これらの詳細な歴史的分析を基礎としているが故に、明治期にわが国にいかにして展開されてきたかの分析にさらなる重みが加わることになる。いずれにしても、フランス・ドイツにおける古典的な文献を読み解く卓越した語学力に裏打ちされた本論文は、沿革研究・歴史研究という視点から見たとしても大変な価値のあ

るものである。

第二に高く評価されるべき点は、わが国においては、指図理論自体がほぼ未開拓のテーマとされ、まとまった形で研究されることがほとんどなかったことに想いを致し、果敢にも指図制度および指図理論の歴史的展開について、母法であるドイツ・フランス、さらにはローマ法にまで遡り検討を加えようとしたことにある。すなわち、指図理論は、従来、法典上に典拠が見当たらないとされてきたことから、最近に至るまでほとんど関心がもたれておらず、その一般的な議論と分析とが、依然として等閑なままとされていた状況にあった。こうした私法学における風潮に対し、本論文は、フランス法・ドイツ法における指図理論の生成過程の解明を試み、その結果、ローマ法の指図の解釈に際し二つの重大な誤謬があったこと、ドイツ法の指図と委任との関係や二重授権として規定されることになった過程、フランス法の指図が更改の節に規定されている理由、フランス・ドイツの指図理論の関係等について、初めて解き明かすことに成功し、さらには、指図理論のわが国旧民法への継受過程をも見事に解き明かした。このように、本論文は、指図理論の学術的背景を明らかにしたものであって、指図理論一般に関する先駆的業績として高く評価されることと

なるのは疑いない。

本論文の第三の意義は、本論文が目指してきた指図理論の歴史的展開の探求は、現在における金融決済取引の法的基礎の確立に大なる貢献となるであろうというところにある。現在の地球規模の経済取引社会においては、資金移動取引もますます大量化・複雑化せざるをえない状況にある。一方で、そのような取引に関する法的基礎づけはほとんどなされないまま、実務だけが先行してしまっているというのが現実である。その基礎理論ともいべき指図理論は、従来より、為替手形や小切手等の法的性質として若干の研究が存在したものの、指図制度それ自体は、現在の日本法には存在しないと解されてきた。しかし、日本法の源たるフランス法やドイツ法では、指図は私法の一般法たる民法の中に規定され、一つの確固たる制度として広く認知されており、民事法上の基本的な制度の一つとして位置づけられている。さらに、指図理論は、フランス法やドイツ法においてさまざまな金融決済取引の法的基礎とも考えられており、そのゆえに現在のわが国における種々の金融法上の資金移動取引に対して、統一的な実体的基礎を与えるミッシングリンクとなりうる可能性があり、本論文がその学問的基礎づけをなしたといっても過言ではない。例えば、

銀行を介した支払決済などでは指図の考え方をを用いて検討すべき問題があると考えられ始めているし、近年の債権法改正部会においても、流動性預金口座への振込について指図を立法化するべきとの提案がなされる等、指図理論の解明が喫緊の課題とされているのである。

最後に、本論文に対する、われわれ審査員からの若干の要望を述べようと思う。それは、本研究が、指図制度・指図理論の沿革研究・歴史研究を中心とするものでありながら、その当時の社会制度や金融制度の状況等の紹介が必ずしも十分ではなく、指図に関わる法文や学説に関する分析に終始してしまっている点である。法律学の論文として、あるいは法律学者としてどこまでこれについて検討すべきかはわれわれも一法律学者として悩むところではあるが、法制度が社会制度・経済制度を支えるものである以上、その当時の社会制度・経済制度をたずねることが、論文の説得力をより増すためには必要であろうと考えている。とりわけそれが現代的課題に対する基礎理論として応用できるか否かが将来的な研究の展開であるとしたらである。

以上のように、将来における課題は見られるものの、これは審査員三名からの過大な要求・個人的な要望とも考え

られるものであり、本論文がそのような過大な要求に対し、今現在答えていないからといって、本論文の価値がいささかも減じられるものではない。隅谷君が本論文で明らかにした内容は、指図理論の基礎研究として極めて周到かつ優れたものであり、今後の指図研究の基礎となる重要な研究と位置づけられることから、民商法の両学界に対する学問的貢献は極めて大きいものである。そして、本論文は指図概念の史の変遷を中心として論じたものではあるが、隅谷君の研究それ自体は、将来的には金融機関を介した種々の資金移動取引について実体法的基礎を与えうる極めて射程の広い研究ともなりうるものである。本研究が、全国銀行学術研究振興財団からの出版助成に合格したのもその証左といつてよい。これまでわが国では指図に対する一般的・統一的な理論構築の視点が欠けていたことからすれば、隅谷君の沿革研究・歴史研究は、これからのわが国における現代的指図理論構築のため、学界全体にとつての必須の準備作業であるということができ、将来、同君の指図理論がどこまで展開されていくこととなるのか、楽しみでならない。

よって、われわれ審査員一同は、隅谷史人君が提出した本論文が博士(法学、慶應義塾大学)の学位を授与するに

ふさわしい内容であると判断し、ここにその旨を報告する次第である。

平成二八年二月二五日

主査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員・法学博士	宮島 司
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員	山本爲三郎
副査	慶應義塾大学大学院 法務研究科教授	高田 晴仁